

Manuel SEGURA ORTEGA, *Sentido y Límites de la discrecionalidad judicial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

A modo introductorio

Los temas perennes del Derecho son los que están siempre abiertos al debate a la opinión y a la reflexión. Segura Ortega en esta obra —cuyo juicio antes de comentarla es plenamente positivo—, se centra en uno de ellos. En uno de ellos que, para quien esto suscribe, por andadura profesional y convencimiento, es la esencia del Derecho y del Sistema jurídico. Se trata de la discrecionalidad del juez a la hora de realizar su labor principal. Parece mentira, pero se ha de recordar cuál sea esta labor. No es la de opinar públicamente sobre la política de tal o cual gobierno, no es la de apoyar manifestos políticos, no es la de porfiar en tertulias televisadas y radios: es sentenciar. Y en ello, dicho con todo respeto y sin hacer alusiones personales, es preciso una toma de conciencia de ese papel. Es más ético y honrado, que el juez que quiera “hacer” política activa creando normas, no aplicándolas e interpretándolas, de una vez por todas, ingrese en un partido político determinado y no engañe más a nadie, no es su labor y ello no es ético, puede manifestarse en sus resoluciones e instrumentos tiene para ello. Esa labor pública y política le está invalidando a alguien que sólo se puede someter al imperio de la Ley: el afán de protagonismo dentro del sector jurídico le será perjudicial. Pues bien, esta obra se detiene en el momento de aplicación de la norma por el juez, en el tema del control de ese momento, tema abierto y central en Derecho. Parte el autor de una premisa que no se le puede discutir: *la indeterminación del Derecho*, por la vaguedad lingüística, por las lagunas, por la discrepancia en lo que se entiende como hechos probados, la indeterminación en las consecuencias jurídicas. En lo que el autor quiere profundizar es en el límite o control a la discrecionalidad judicial, ese límite es atinente a la Seguridad Jurídica como principio de funcionamiento del Sistema jurídico (p.11). Hay diversas discrecionalidades, una real que es la que se realiza en la propia creación del Derecho, pero no ésta la que nos interesa. Es la *discrecionalidad interpretativa* y está entre los traídos conceptos indeterminados. Ya nadie niega y, nosotros tampoco, el arbitrio judicial (p.16) mientras juzgar siga siendo actividad humana, pero sobre todo, actividad necesaria, pues difícilmente se concibe una sociedad sin tal actividad profesional sea como se modular. Puestos de acuerdo en que el arbitrio judicial existe, no sólo en los casos difíciles que precisara Hart, el verdadero significado y alcance de la misma es en el punto donde no existe tanto acuerdo. Indica Segura que el arbitrio del ejercicio de la función judicial siempre está

presente, en cualquier actuación de los jueces (p.18) afirmación esta última discutible, pues existen pasos procesales necesarios que le impiden ese arbitrio expresamente. Libertad de acción en la discrecionalidad es otra nota característica de la función judicial, y si bien el autor califica este fenómeno de incontrolable, la verdad es que los mecanismos de control ejercidos por los dos altos Tribunales, Constitucional y Supremo, encorsetan mucho más ese supuesto descontrol. El verdaderamente libre en su arbitrio pensamos honestamente que es el juez de primera instancia, tiene los mecanismos para serlo. El juez tiene que elegir entre *posiciones legítimas* todas ellas justificables en el Sistema jurídico. El ejercicio de la discrecionalidad sirve para legitimar la adopción de decisiones distintas partiendo del mismo material normativo.

Al final, el autor describe la discrecionalidad de forma literal dice: es la libertad, poder o facultad que las normas del sistema otorgan a los jueces —explícita o implícitamente— para elegir entre dos o más soluciones (todas ellas posibles) debiendo justificar siempre las razones de su elección (p. 22). Es cierto que este concepto puede ser aceptado por todos, sin grandes debates, el concepto de la discrecionalidad como tal, no es indeterminado, pero sí la forma de presentarse en la vida real jurídica.

Causas de la discrecionalidad jurídica

Parecería en principio, que las normas abiertas, aquellas que completa el juez con su interpretación son pocas en nuestro Sistema jurídico, pero ello no es así. Las causas de existencia de las mismas las establece el autor y son muy variadas ya que obedecen a la propia estructura del Derecho, según dice Engisch y también nuestro autor. El contexto general es la indeterminación: a) intencional o involuntaria (del legislador, por supuesto, pues el juez es precisamente el antídoto de la indeterminación). b) Como defecto del Sistema jurídico, que los tiene y los tendrá. La *inderterminación de contenido* se ha hecho algo real a través de textos constitucionales abiertos y flexibles, con contenido plural y formado por criterios de valores, a veces, contradictorios. Son las llamadas normas directrices genéricas que pueden desarrollarse de muy distintas formas. La imagen de la ductilidad (Zagrebelsky) es la que las caracteriza. Por ello, el papel nuevo de los jueces-intérprete se ha de contextualizar en una indeterminación intencional del legislador. La vinculación de los jueces a la ley ha disminuido (p.26) pero ello es más una sensación formal, pues perfectamente se puede decir que el juez está encorsetado por unas normas procesales precisas sin que tampoco ello sea discutible, quizá sólo el ejercicio de una actividad de brega diaria con los juzgados, nos lo dejará más

claro. Estamos de acuerdo en que el momento de creación-aplicación es difícilmente distinguible, de hecho el que suscribe no entiende esa distinción formal entre interpretación y aplicación, cuando el juez interpreta, aplica, cuando aplica, interpreta. Por ello, el juez de ahora, según Taruffo, es el juez intérprete. Más tarde se reflexiona sobre la *indeterminación lingüística* y la textura abierta de las normas programáticas o generales, normas guía o modelos con un lenguaje ambiguo de forma expresa, para que el juez complete. La ambigüedad se refiere a los términos mientras que la vaguedad suele predicarse de los conceptos, indica Ross. Pero ello es sólo por intentar teorizar lo que no es controlable, toda la obra está teñida de una idea de descontrol, sólo en parte real, pero desde luego magníficamente documentada. La libertad de los jueces no es ilimitada a la hora de determinar el significado de las normas, como no lo es a la hora de seleccionar hechos ni de aplicar tales. La jurisprudencia depura constantemente esta indeterminación, al final, el argumento de autoridad es el que imprime Seguridad Jurídica al Sistema. La indeterminación está en normas no tan abiertas, en las individuales, pues este tipo de litigios son numerosos, será por una parte de la norma o por su contexto, pero se interpretan también las normas singulares. En este sentido, se defiende el aspecto creativo de la labor del juez, al fijar el contenido de la norma, la interpreta (p.35).

La *indeterminación intencional* creo que es más un tema de política legislativa, la que obedece a la voluntad del legislador, en sus normas programáticas o teleológicas para conseguir un fin. La racionalidad del legislador le llevará a no ser excesivo en esa indeterminación, si no legisla bien, no gobierna bien o en una dirección orientada el partido al que sustenta.

Se abre un abanico de opciones al juez, todas ellas reflexionadas por el legislador, pues en otro caso, si la norma es tan abierta, no hablaríamos de discrecionalidad. No creo que en nuestro Sistema exista tal alcance de indeterminación, no lo es en la apreciación de la prueba, pues este momento siempre tiene una parte no controlable (la psicología de la persona-juez) y otra parte objetiva (los datos que se le suministran de forma externa de detalles que él desconoce). Para el autor lo que diferencia a la arbitrariedad de la discrecionalidad judicial es el que la decisión sea motivada, y en ello coincide con Igarua. La discrecionalidad intencional en cualquiera de sus variantes concede a los jueces una considerable libertad de acción para configurar el contenido y sentido de sus decisiones (p. 41) de acuerdo, pero no sólo crear sino motivarlas, y las deben motivar desde las normas: el problema se reduce bastante. Habla después de la *Indeterminación como consecuencia de los defectos del Sistema*. Una característica de nuestro Derecho es su indeterminación de soluciones en muchos casos, lagunas, contradicciones, diserta sobre el uso de

la Analogía, y del papel de los Principios Generales, que deben ser ponderados, sean explícitos o implícitos: las normas como principios incrementan la indeterminación. La verdad es que fuera de los textos constitucionales, la indeterminación viene dada más bien por la insuficiencia de la Ley que no asume tanto supuesto de hecho como parece. Sí existen lagunas y no hay completud, por mucho que se dicten cada vez más normas, también las antinomias dotan del defecto de la incoherencia al Sistema jurídico, por ello, la doctrina y el propio Sistema han creado esos criterios de solución de las Antinomias, pero el juez tiene libertad de elección de esos criterios en su utilización, defendiendo algún autor una auténtica creación judicial en estos casos, citando a Bulyngin. Criterio jerárquico, cronológico, de especialidad, elige el juez, crea, el propio legislador es ambiguo de forma intencional, para que se cierre el Sistema por el juez. Tanto en el caso de las lagunas, como en las Antinomias, los jueces gozan de libertad para deshacer esos defectos, por ello, la indeterminación como causa de la discrecionalidad tiene diversos motivos: de contenido respecto de principios y valores, indeterminación lingüística (ambigüedad y vaguedad), indeterminación intencional y la indeterminación de los defectos sempiternos del Sistema Jurídico (p.47).

Elementos de la discrecionalidad

La norma abierta es uno de los elementos para que exista tal, pero no es el único, aunque sí imprescindible. Los elementos que en opinión del autor serán fundamentales para configurar la noción de discrecionalidad son: norma, libertad y motivación. Hay que analizar la realidad jurídica, provocar consensos en los mayores frentes, consensos de opinión jurídica de la que poder debatir, pese a que haya quien hasta estos discuta. Todo cabe en la ciencia jurídica, pero no todo es discutible en sentido estricto.

Fundamento normativo como primer elemento, el poder de los jueces sólo puede entenderse como el resultado de una delegación normativa, los poderes o facultades que ejercen los jueces, desde luego, están sometidos a la norma o ley. Es poder que le atribuye la norma de ello se tiene que partir, si esto no es así, no estamos hablando de Sistema, o quizá sea otro, pero no el nuestro. Los jueces, al final, tienen que resolver los litigios para acabar con la indeterminación del Derecho, esa oscuridad, la insuficiencia o el silencio de las leyes, no les pueden afectar. Sólo se tiene que justificar la decisión para impedir la arbitrariedad (p.54), el juez está obligado no sólo a señalar cuáles son las normas que aplica sino, también, por qué las interpreta de un determinado modo y cómo llega al resultado que aparece en la decisión (p.54).

La Libertad de elección es otro elemento circunstancial. La libertad de acción en que consista la discrecionalidad puede proyectarse sobre las normas, sobre los hechos y valoración de la prueba y sobre los criterios interpretativos. La intensidad de la libertad no es la misma dependiendo del ámbito en el que se ejercite y por lo que se refiere a estas tres proyecciones puede decirse que va de menos a más, dice el autor. La libertad respecto a las normas, es absolutamente limitada.

La selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, la excepción es que la resolución judicial sea infundada y arbitraria. La libertad con respecto a los hechos probados y a la valoración de la prueba, es otro de los aspectos de esa libertad, es el juez quien fija los hechos, pero con parámetros legales, que él no puede crear. Los realistas, como Frank, entendían que era un capítulo esencial para impartir justicia el de la fijación de los hechos incontrovertidos, según Barak, la más importante de la discrecionalidad en el proceso judicial (p-59). Es verdad que en este momento se ejerce el arbitrio judicial con más poder y más en el proceso que es por naturaleza contradictorio. La selección de información por el juez unipersonal está clara, pero la Sala colegiada agudiza el problema, ante los mismos hechos, diferentes opiniones y votos jurídicos: es el aspecto subjetivo del juez, mientras sea persona (y no un ordenador al que alguien tendría que programar o manejar en cualquier caso) no puede ser controlado. Se le somete al control por las reglas procesales que le impiden libertad total de selección de información, pero la libertad es amplia, y difícilmente controlable, como un juez de la instancia no admita una prueba esencial, el camino del litigio se hace cuesta arriba, dificultoso, todo se complica y agrava y ello es cierto, amén de dejarnos inermes o con indefensión jurídica. La libertad en relación con los criterios interpretativos no es absoluta y no se da, como es lógico. El único límite es la interpretación jurídica motivada y que no sea "ilógica o contraria a la ley", el respeto a la legalidad siempre es formal, pero también ha de serlo material: ningún juez presumiría de tomar una decisión contraria a la legalidad, pues con ello, su propia resolución quedaría poco legitimada. Según el autor, la multiplicidad de criterios favorece la interpretación y creación de cada juez, parece que con ello, se aumenta el margen de la discrecionalidad. Sin embargo, desde el respeto que este trabajo nos merece, creemos que no es la causa de esa discrecionalidad, sino que tienen que ser vistos los criterios como instrumentos para resolver mejor y más puntualmente el litigio desde el principio. Cada criterio perseguirá esa solución lógica y real, por eso no hay teoría general, ni con el literal, ni con el teleológico, el apagógico que rechaza argumentos absurdos... cada caso tiene unas determinadas respuestas no sólo una, o aunque una, se puede llegar a ella desde varios caminos: el problema es

que el juez no tiene tiempo, eso es lo que le falta, tiempo para elegir todo ese tipo de posibilidades pues los criterios interpretativos compiten entre sí. Los criterios están en pie de igualdad entre todos y no establecen una respuesta unívoca. Los criterios interpretativos aparecen fundamentalmente como *recursos de justificación*. No hay un método que le prescriba al juez a aplicar un método en cada caso: sólo es un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado, como indica Zagrebelsky. Pero claro, el problema a nuestro juicio, es el sacrosanto principio de la Separación de poderes, un empeño del positivismo en que este principio estructural del Sistema jurídico sea defendido a capa y espada, aunque ello sólo sea desde un plano formal y no real por la confusión de papeles que criticábamos en la introducción sin duda. Desde luego, lo que siempre fue una excepción para cualquier creación judicial por Seguridad jurídica. Los jueces cambian de opinión y de criterio interpretativo, pero ello afecta a la seguridad jurídica.

Su libertad está sometida a las normas en dos momentos: valorando las pruebas y calificando los hechos y es cierto que en este proceso inicial tiene amplios márgenes procesales y que a él le corresponde la relevancia que se le atribuye a cada medio de prueba (p. 73). Además el juez en su libertad tiene un límite: llegar a la solución “correcta”.

Exigencia de motivación

La libertad que tienen los jueces respecto de la interpretación de las normas, dice el autor, es “prácticamente ilimitada”, afirmación ésta que no podemos compartir de modo general (p75). Pero existen decisiones discrecionales por un lado, y arbitrarias, por otro. La motivación “suficiente” es el santo y seña de cualquier proceder razonable, de un juez bueno y malo, como dice Casas Vallés en el libro homenaje editado por Tirant lo blanch en 2006 como homenaje a Puig Brutau. Ilustre Abogado. La motivación evita la arbitrariedad, las razones normativas del fallo, aunque los realistas se fijarán en las razones personales del juez a la hora de sentenciar. La justificación es de contenido sustantivo y de procedimiento, estos dos frentes, debe cubrir la sentencia. Estamos de acuerdo con Ferreres Comella en la obra citada (“la Jurisprudencia como fuente del Derecho”, homenaje a José Puig Brutau) en que es la “libertad condicionada del juez” existe una resistencia oficial e institucional a reconocer que hay arbitrio judicial, según se dice, por que afecta a la imagen del Sistema. Los principios son el punto de partida del razonamiento

consensuado del Derecho, en ese punto de partida reside la motivación de la sentencia, verdadero antídoto contra la arbitrariedad. Hay quien dice que se ha de reforzar la motivación en los casos difíciles (aquellos que estudiara Dworkin) pero entiende el autor que la motivación suficiente se ha de producir en todos los casos. La motivación es parte del Sistema jurídico, suele distinguirse entre la motivación que se realiza para justificar una determinada decisión del propio contenido de la misma, pues se trata de dos cosas distintas de manera que el proceso decisorio y el proceso justificatorio son independientes entre sí, pero ello hay que matizarlo, porque no coinciden exactamente en el mismo tiempo cronológico. La exigencia mínima de motivación permite que no sea indeterminada, que sea suficiente, justificando su función, con los argumentos apropiados. La motivación ha de ser completa, suficiente, y correcta, pero todo ello es como decir apropiada al caso concreto. La motivación parecería en este sentido un concepto jurídico indeterminado, presente caso por caso, por lo que la "teoría de la motivación" es abstracta concediéndole unas características generales que todos podemos compartir. Lo cierto es que ha de ser normativa, sin errores de partida, ni ser contradictoria, ni incongruente (reforzando con su actitud el Sistema jurídico) el acto del juez es más trascendente de lo que se piensa. La motivación "por remisión" es tarea inadecuada, pues desconoce el inevitable proceso de individualización que se produce en la aplicación de normas jurídicas. Trata luego, aunque tangencialmente, el importante problema de la "prueba indiciaria", y si nuestro artículo 120.3 de la Constitución exige la motivación en las sentencias, en este caso, además de una razón normativa deberá aportar el cauce racional de ese indicio, para declararlo probado, para que fundamente el fallo. Dice en resumen, que el juez puede valorar la prueba con un poder absoluto, no siendo esa valoración irracional o arbitraria, pero este es un límite también, siendo así, no es tal poder absoluto.

Control de la discrecionalidad

Es un caso poco común el acto discrecional sin motivar del juez, y de esa idea parte el autor y nosotros (p.93). El funcionamiento normal de la justicia así lo indica afortunadamente. Pero es necesario ante estos casos de existencia indiscutible, que exista un control para ello. El Tribunal Constitucional y el Supremo con su labor de limpieza y de fijación de doctrina crean una "doctrina de mínimos" a la que toda resolución judicial ortodoxa ha de ajustarse. El límite esta en la interpretación-aplicación irracional e irrazonable, en el

caso del juez penal la motivación es todavía mayor: es un deber reforzado, fundamento en un buen relato fáctico del supuesto de hecho y en las consecuencias que de ellos extraerá. Habla y con razón, y quien ejerce el Derecho lo sabe, de las resoluciones que obedecen sólo al voluntarismo del órgano judicial aun ajustándose a Derecho la resolución (p. 97). El principio de inmediación impone que el juez esté presente en la actividad probatoria, para una íntima convicción mínima de los hechos que enjuicia, ha de suponerse que la racionalidad “media” es en la que está pensando la ley. El autor insiste en que es posible controlar el movimiento procesal del litigio, pero la valoración de las pruebas y la interpretación de las normas escapa a ese control, y es donde se encuentra la esencia de la argumentación judicial (p.99), los instrumentos de control son la norma, la motivación de la sentencia y los mecanismos procesales para la revisión de sentencias. No es fenómeno excepcional la discrecionalidad judicial, pues el juez no es un ordenador como se dijo. En conclusión, nos hallamos ante una obra interesante y digna de ser leída, bien es cierto que sus reflexiones proceden de quien puede pararse a realizarlas, al fin y al cabo es también, por mejor decir, es esencia de la doctrina la reflexión. El juez en su primera instancia es libre de orientar el pleito, lo es, porque es persona con libertad de pensamiento, de aplicación de normas, de acción, en suma, porque tiene que decidir. Sin embargo, se puede compartir que existe algo que el propio Sistema tiene dificultades de admitir, quizá porque nuestro Sistema no sea tan abierto como el anglosajón (la libertad del juez en este Sistema es más aparente que real), quizá porque entendemos que se debe de actuar en engranaje o acción conjunta, el problema está en reconocer y luchar contra un mal, que en ocasiones, no es tal: apartándose de la doctrina del argumento de autoridad la resolución puede ser más justa sin duda. Cuántas veces el Abogado confía en que el juez sea persona, tenga una sensibilidad especial, pueda valorar unas pruebas que pueden suponer no aplicar la doctrina oficial, pero quede claro que esos mecanismos procesales de los que habla Segura, sí que no son libres, la revisión judicial reconduce la resolución a los parámetros del Sistema jurídico casi siempre, y si no lo hace, cambia la Jurisprudencia y toda la comunidad jurídica y no jurídica, tiene acceso al cambio, pues sólo se informa de lo noticioso, de lo novedoso, no es noticia el funcionamiento masivo normal de la Administración de Justicia. La obra reflexiona sobre el momento en que el juez es libre, no lo critica, sólo propone unos medios de control para que ello sea compatible con otro principio estructural y de contenido en la forma y fondo de nuestro Sistema jurídico: la Seguridad jurídica.